

A Constitucionalidade do Art. 492, § 1º, do Código de Processo Penal

Jayme Walmer de Freitas

Juiz Criminal em Sorocaba/SP. Mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG.

1. INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é discutir a constitucionalidade da desclassificação do crime doloso contra a vida para outro da competência do Juizado Especial Criminal, operada pelo Conselho de Sentença, em face da nova disciplina dada pela Lei 11.689/08 ao Código de Processo Penal.

Segundo o § 1º, do art. 492, do Código de Processo Penal, com a nova redação: “Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos artigos 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.” Equivale dizer, caso o Conselho de Sentença acate pedido desclassificatório da defesa alterando a competência do júri para o juízo singular, que duas situações podem surgir: a) a decisão será imediata por parte do próprio juiz-presidente, não sendo infração de menor potencial; b) sendo de menor potencial ofensivo, verificará se o réu faz jus a alguma benesse prevista na Lei 9.099/95 e adotará as providências para tanto; do contrário, sentenciará de plano.

Pouco importa seja desclassificação própria - sem especificar o crime (ex.: de homicídio tentado para outra infração a ser definida pelo magistrado) - ou imprópria - especificada a infração (ex.: de homicídio tentado para lesão corporal dolosa ou culposa) - o presidente do Tribunal do Júri adotará uma das vertentes apontadas (“a” ou “b”).

Questão: a manutenção da competência do juiz-presidente para processar e julgar uma infração de menor potencial ofensivo ofenderia ao disposto no art. 98, I, da Carta Magna?

2. INCONSTITUCIONALIDADE

Para alguns doutrinadores, a previsão legal feita às infrações de menor potencial ofensivo, violaria o texto constitucional (CF, art. 98, I). Guilherme de Souza Nucci (**Código de Processo Penal Comentado**, p. 829) abraçou o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (**Juizados Especiais Criminais**, p. 79) com relação à interpretação que chegaram quanto à alteração da redação do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e por extensão o art. 492, § 1º, igualmente, seria inconstitucional.

Para os eruditos autores: “quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo (...) a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da Lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta (...). Nos locais em que não há Juizado Especial, compete ao próprio juiz do Tribunal do Júri tomar as providências relacionadas com a Lei 9.099/95, designando a audiência dos arts. 70-76, atuando os institutos despenalizadores aplicáveis à situação concreta”.

Como aquela norma é inconstitucional, esta também o é. Aduz-se que a competência do JECRIM advém da Constituição Federal e inexistente viabilidade jurídica para a legislação ordinária alterá-la. Nas duas situações mostra-se violada a norma constitucional.

No âmbito dos Juizados Criminais, seguem a mesma linha de interpretação, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, ao ponderarem que a alteração efetuada pela Lei nº 11.313/2006 no parágrafo único “é absolutamente inócua e ineficaz. A lei ordinária não pode modificar competência material, que tem sua matriz na própria Constituição Federal.” (**Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**; Editora Forense, 1ª ed. 2008, p. 32).

Restringindo-se à seara do júri, Rômulo Andrade Moreira (*in* Jurid, “Conexão e continência - Lei 11.313/06”, acesso em 24.04.2009) preconiza a mesma linha de interpretação ao lecionar que: “Este entendimento prevalece mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo conexo com um crime contra a vida, hipótese em que ao Tribunal do Júri caberá exclusivamente o julgamento do delito contra a vida, posição que não fere em absoluto o artigo 5º, XXXVIII, d, da Carta Magna, pois ali não há exigência do Júri em julgar também os crimes conexos àqueles. A Constituição reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão só. Os crimes conexos devem também ser julgados pelo Tribunal Popular (artigo 78, I, CPP), salvo aqueles cuja competência extraia-se da Constituição Federal (como os de menor potencial ofensivo)”.

3. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE JUIZADOS: CONSTITUCIONALIDADE

O art. 98, I, da CF prevê a criação dos juizados com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencialidade ofensiva, mediante procedimento oral e sumaríssimo. Permite, ainda, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Para dar efetividade à Carta Magna, foi sancionada a Lei 9.099/95 que disciplinou as infrações e os procedimentos aplicáveis, bem como os institutos despenalizadores pertinentes (composição civil de danos, transação penal, representação nos crimes de lesão corporal dolosa simples ou culposa e a suspensão condicional do processo).

Na esteira do apontado no item precedente, a doutrina mais abalizada sempre pugnou pela competência absoluta dos Juizados.

Na opinião do saudoso Mirabete (**Juizados Especiais Criminais**, p. 28) “a competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta”.

Desde a sanção da Lei 9.099 e sua entrada em vigor, no dia 26 de novembro de 1995, a competência dos Juizados sempre pôde ser modificada para a Justiça Comum em duas situações: a) no caso de citação por edital (art. 66, parágrafo único); b) nas causas complexas (art. 77, § 2º). Para o legislador, a citação por edital e o processamento de causas complexas se contrapunham à informalidade, celeridade e à economia processual, três dos princípios norteadores dos Juizados (art. 62).

Ou seja, malgrado a competência seja absoluta, sempre se admitiu temperamentos da lei ordinária ao texto constitucional.

Para Rômulo de Andrade Moreira “Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o artigo 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.”

Leis posteriores ampliaram o âmbito de incidência dos Juizados para outras esferas e alteraram o conceito das infrações de menor potencial ofensivo.

A Emenda 22, de 18 de março de 1999, criou os Juizados Especiais Federais e acrescentou um parágrafo único ao art. 98, da Constituição. Mais tarde, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, materializou a criação e possibilitou, de forma efetiva, a instalação dos Juizados Federais Cíveis e Criminais, provocando a primeira alteração no conceito de infração de menor potencial.

Em 2006, a Lei 11.313, trouxe a última e mais relevante inovação no tema competência. Pela nova redação dada ao art.

60 e parágrafo único, “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”, disciplinou que a justiça comum e o Tribunal do Júri, em casos de conexão e continência, poderão observar os institutos da transação penal e da composição dos danos civis nas infrações de menor potencial ofensivo. Em outros termos, as Varas Criminais e as Varas do Júri passaram a ter competência cumulativa para o processo e o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, em caso de conexão e continência entre os crimes de sua alçada e do Juizado Especial Criminal.

A título de lembrança por sua importância, a despeito de irrelevante no tema, aquele diploma (Lei 11.313/06) deu nova redação ao art. 61 com novo conceito de infração de menor potencial ofensivo: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Lembremos o conceito de competência: é o limite da jurisdição do juiz. Por conseguinte, o juiz de Vara privativa dos Juizados Especiais Criminais, ante a natureza material que lhe é imposta, sob pena de nulidade absoluta, sofre a limitação constitucional, ficando-lhe vedado presidir qualquer processo-crime que extrapole os contornos da Lei 9.099/95.

Pois bem, partindo da premissa de que toda a doutrina admite a constitucionalidade dos arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, ambos da Lei dos Juizados, que permitem a modificação da competência quando de citação por edital e em processos complexos, inexistente motivo para se questionar a constitucionalidade de dispositivos que, por fundamentos igualmente relevantes, mantêm a competência da justiça comum ou do júri para prosseguirem com o processamento da infração de pequeno potencial ofensivo.

Lá, duas situações específicas admitem a modificação da competência, expulsando dos Juizados os processos. Aqui, a competência com maior elastério exerce *vis attractiva*.

Os novos diplomas - Lei 11.313/06 e 11.689/08 - estão sintonizados com os princípios da economia processual, informalidade e celeridade. Aquele, por permitir que um juiz com competência para julgar infrações mais graves, igualmente seja competente para julgar as menos graves. O último diploma, valendo-se da mesma noção e evitando procrastinações inúteis, permite que o juiz-presidente dê o desfecho adequado ao processo que, via de regra, presidiu desde o recebimento da denúncia e tem total condição de bem decidir a demanda. Imaginar-se o desmembramento do feito, nas situações emolduradas pela Lei 11.313/06, ou a declinação da competência para o Juizado Especial Criminal, na nova redação do art. 492 do CPP, significa desprezar os próprios fundamentos que trouxeram a Lei dos Juizados para o nosso universo jurídico.

Fazendo coro com a argumentação tecida por Eugênio Pacelli de Oliveira (**Curso de Processo Penal**, p. 593-594) “embora prevista constitucionalmente a sua criação, com a exigência de rito procedimental mais célere, ali não se estabeleceu: a) nenhuma privatividade dos Juizados para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, como facilmente se percebe da leitura do art. 98, I, CF; b) qualquer competência material, rigorosamente falando, isto é, razão do direito material, que pudesse exigir a criação de uma Justiça especializada”.

O art. 98, I, da CF teve o grande descortino de separar as infrações leves das demais, prevendo que nos Juizados Criminais somente tramitam infrações de menor potencial ofensivo, nenhuma outra, sob pena de nulidade insanável. E é óbvio, se a competência é *ratione materiae* inconcebível sua ampliação. Em outro polo, no entanto, o raciocínio há de ser oposto, porquanto é racional, dinâmico e congruente com os princípios concernentes aos Juizados, o processo e o julgamento de infrações de menor potencial seguem por Varas que detenham competência mais ampla.

Indaga-se: existe algum prejuízo para o réu ser julgado por um juiz comum (estadual ou federal) ou do júri (estadual ou federal)? A resposta é, em nosso sentir, indiscutivelmente não. Nada obstaculiza o juiz comum ou do júri de sentenciar um processo

com infrações conexas, sendo uma de menor potencial ofensivo, ou após desclassificação pelos jurados.

Repise-se: se o Júri tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, retirar-lhe a possibilidade de dar continuidade ao desfecho favorável ao acusado, procrastinando a solução, além de se mostrar contrário à economia processual, impede a imediata prestação jurisdicional pelo magistrado que teve contato desde a origem com o fato imputado.

Importante: O juiz eleitoral outorga os benefícios da Lei 9.099/95 nos crimes eleitorais, cuja pena privativa de liberdade não exceda dois anos e nem por isso se cogita de enviar seus processos para os Juizados Especiais Criminais. A Justiça Militar igualmente era competente, até que por alteração legislativa (art. 90-A), deixou de sê-lo. Mais, nos processos de competência originária, os institutos de despenalização são aplicados por inteiro pelos Tribunais.

4. CONSEQUÊNCIA PRÁTICA: VANTAGENS EM TODOS OS QUADRANTES

As inovações trazidas pelos arts. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e 492, § 1º do Código de Processo Penal têm utilidade diária efetiva e se mostram compatíveis com a dinâmica processual exigível com a realidade atual. Quem milita na área criminal sabe que os desmembramentos de feitos são um entrave à boa administração da justiça, não só porque atrapalham a normalidade dos trabalhos cartorários, mas porque podem provocar decisões contraditórias. O juiz comum absolve e o do Juizado Especial Criminal propõe, e o autor do fato aceita, uma transação penal. Lá sai favorecido e aqui, não. O julgamento *simultaneus processus* propicia maior amplitude de defesa, evita decisões conflitantes e torna óbvio uma solução mais rápida ao litígio, reclamo maior da sociedade civil de um formato melhor de administração da justiça.

No tocante ao Tribunal do Júri, Luiz Flávio Gomes, Rogério dos Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (**Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**, p. 236) em abono ao entendimento esposado, lecionam que “os autos

não são remetidos para os juizados. O processo não sai da Vara do Júri. Conclusão: o juiz presidente do Tribunal do Júri aplicará os dispositivos cabíveis da lei dos juizados (art. 69 e ss.). Inclusive no que concerne à exigência de representação da vítima (art. 88), quando se trata de lesão corporal leve. Ela deve ser intimada para isso e terá o prazo legal (seis meses) para exercer seu direito de representação”.

5. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.099/95

De há muito o Fórum Nacional dos Juizados - FONAJE -, em seu enunciado n. 10 estabelece que “Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste.”

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da integral aplicabilidade da inovação legislativa à Lei 9.099/95, *verbis*: “Configurada a conexão entre os crimes de tráfico de drogas e aquele previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei nº 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei nº 11.313/2006.” (STJ: CC 92365/RS, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª seção, j. 13/08/2008).

Também: “Configurada a conexão entre os crimes de ameaça e furto, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei 11.313/2006” (STJ: CC 91.984/MG, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, 13/08/2008).

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça, por sua Câmara Especial, foi mais longe e firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Cito trechos de aresto da lavra do eminente Desembargador Elias Tâmbara, nos autos do Conflito de Jurisdição nº 166.026, j. em 15.12.2008, no qual se discute o juízo competente por conexão entre crimes de tráfico e posse de drogas: “Não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 11.313/2006, a qual alterou o disposto no artigo 60 e 61 da Lei nº 9.099/1995, pois, ainda que, no

caso, se trate de competência material, é certo que o legislador pretendeu evitar que as normas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais deixassem de ser aplicadas quando houvesse conexão com outra infração adstrita ao âmbito da Justiça Comum. Nesse sentido há posicionamento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aplicação destas normas despenalizadoras se dá em qualquer processo de natureza penal, inclusive em segundo grau de jurisdição, isto é, nos Tribunais, o que, por si só, afasta a tese da competência exclusiva dos Juizados para a utilização das normas em estudo. *Os preceitos de caráter benéfico da Lei n° 9.099/1995 aplicam-se a qualquer processo penal, inclusive nos Tribunais. Precedentes do STF Inq. n° 1.055/AM, RTJ 162/483, HC n° 77.303- PB, (STF - HC n° 76.262-SP).* Assim, na hipótese, diante de conexão entre crimes de competência do Juizado Especial Criminal e do Juízo Comum, este último haverá de prevalecer, porquanto de maior amplitude, podendo, nele, inclusive, ser aplicadas as medidas da Lei n° 9.099/95, conforme o art. 60, parágrafo único do mesmo diploma legal.”

6. CONCLUSÃO: CONSTITUCIONALIDADE DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

A desclassificação operada pelo Conselho de Sentença de um crime doloso contra a vida para uma infração de menor potencial ofensivo não provoca a mudança da competência do juiz-presidente.

Não existe ofensa ao texto constitucional.

A Constituição Federal conferiu competência absoluta aos Juizados Especiais Criminais para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, nada além. O juiz do Juizado Especial Criminal exercerá jurisdição exclusiva em tais infrações, sob pena de nulidade absoluta. Em momento algum a Magna Carta negou o aproveitamento de seus institutos benéficos, em outros processos e por outros juízes ou Tribunais. Aliás, a Lei 9.099/95, desde o nascedouro, assegurou a modificação de competência em hipóteses específicas, de modo a reconhecer e permitir que outros juízos e Justiças tivessem legitimidade para julgar as infrações

de menor potencial ofensivo. A Lei 11.313/06 trilhou pelo mesmo caminho e o Código de Processo Penal idem, especialmente porque respeitaram os fundamentos do diploma legal correspondente.

Diante de tais ponderações, vê-se que a redação do art. 492, § 1º encontra conforto constitucional, de modo que os juízes-presidentes dos Tribunais do Júri têm competência para o processo e o julgamento de infração de menor potencial ofensivo em virtude de desclassificação operada pelo Conselho de Sentença.

É dizer, os Juizados Especiais Criminais têm competência absoluta, mas seus institutos benéficos podem ser tomados pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, nos termos do Código de Processo Penal, bem como pelo juiz comum, nos casos de conexão ou continência, consoante disciplina o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, por terem competência mais abrangente.

Sem menosprezo algum, as infrações são de menor potencial e a prevalência do brocardo *major absorbet minorem*. 